

科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成 24 年 5 月 25 日現在

機関番号：32690

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2009～2011

課題番号：21530098

研究課題名（和文）健全な水循環系構築に向けた水法の総合的研究—渇水時の水配分の法理論を中心に—

研究課題名（英文）A Comprehensive Study on Water Law: Promoting Sound Hydrological Cycles “Theory of Water Reallocation During Drought”

研究代表者

宮崎 淳 (MIYAZAKI ATSUSHI)

創価大学・法学部・教授

研究者番号：30267489

研究成果の概要（和文）：一般公衆の自由な使用が認められる河川の流水がもつ水資源の公的側面と、土地所有者が地下水を利用できるという水資源の私的側面の関係について考察した。すなわち、水資源の中核には公共性があるが、水利用権限に基づく私的支配の領域に水が到達したときには、その公共性に水利用権限の私権性が覆い被さることにより排他的に利用できるようになるという解釈を提示した。かかる水資源の「公」と「私」の接合理論は、水循環を前提とした水資源の保全と利用に関する法制度を支える基礎理論として位置づけられると考える。

研究成果の概要（英文）：In this study, a clarification of the relationship between the public resource aspects of river flows and private property aspects of groundwater is determined. This research presents a basis as to why the person can use public water exclusively. Water rights are interpreted to conceal to public access when the river flow falls under private property ownership. This theory of “public water resources” and “private water property” is considered a fundamental framework for legal systems regarding conservation and use of water resources on the assumption of hydrological cycles.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2009年度	1,300,000	390,000	1,690,000
2010年度	900,000	270,000	1,170,000
2011年度	800,000	240,000	1,040,000
総計	3,000,000	900,000	3,900,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・民事法学

キーワード：民法、水法

1. 研究開始当初の背景

（1）近時、水の循環性を重視して健全な水循環系の構築に向けた調査研究や施策が検討されている。なかでも、健全な水循環系を構築するためには、地下水流の循環を確保することが肝要となる。この観点から、地下水に依存しない水供給の新しい仕組みを考案することが求められる。その仕組みとして、地表水の効率的な利用の促進により余剰水を生み出し、それを優先度の高い水需要に配

分するという制度が考えられる。

（2）わが国においては、適正な水配分に關する法制度、とくに水利権の譲渡についてはほとんど研究がなされていない状況にある。それは、河川法 34 条によって河川管理者の承認がなければ許可水利権を譲渡することはできないと定められ、水利権の自由な売買や賃貸借が認められていないことに依拠すると思われる。それゆえ、適正な水利権譲渡

が可能となる法的な基盤を整備するとともに、権利譲渡の承認のための法的要件を析出することが必要とされているのである。

2. 研究の目的

(1) 健全な水循環を損ねることのない、水資源の配分に関する制度を創出するためには、それを支える法理論の検討が不可欠である。そこで、本研究は、適正な水配分を実現する法制度のための基礎理論を考察することにより、健全な水循環系の構築に向けた施策を水法研究の立場から支えていくことを目的とする。

3. 研究の方法

(1) 渇水時の水配分制度の基盤となる法理論を検討するためには、水利権譲渡の制度について考察することが求められるが、わが国においてはその蓄積がない。したがって、権利譲渡を可能とするための法理論の研究の第一段階として、諸外国の法制を参考にしつつ、権利譲渡の前提となっている水利権の法的性質およびその内容についての基礎的研究から始めることとする。

(2) 水利権譲渡の制度を有している国(州)で特徴的な、アメリカ合衆国の西部諸州に焦点をあて研究する。とくにカリフォルニア州では、渇水時に水銀行を設けてそれに水利権市場の中核的機能を担わせているが、日本でも渇水時に限定した水利権譲渡の制度を探求することが、わが国の水事情に適合的であると推察される。

4. 研究成果

(1) 健全な水循環系を構築するためには、過度に地下水に依存しない水供給の仕組みを創出する必要があるが、ここでは、いかに地表水を適正に再配分するかという問題が主要な論点となる。水資源の再配分制度に関する基礎理論の考察として、はじめに水利権譲渡の前提となる水利権の権利内容を明らかにしたい。わが国において、譲渡の対象となりうる可能性が高い水利権は、慣行水利権である。そこで、慣行水利権をめぐる水量侵害に関する判例を分析することによって、当該権利の類型とその効力について究明する。

渇水等の水不足が生じるリスクが高まるほど、水利権の水量侵害が顕在化しやすくなる。水資源が豊富であったときには潜在化していた水利権の優劣問題が、絶対的水量の減少によって表面に現われるからである。

水量侵害の事案では、同一水流において競合する慣行水利権の存否およびそれら権利

相互間の優劣関係が問題となる。水利権が専用権として他の権利より優先されるのか、または余水利用権として他のものより劣後の地位に置かれるのか、それとも共用権として権利者が平等に流水を利用できるのかが争点となるため、慣行水利権の効力はその類型に投影されている。そこで、水量侵害の裁判例において、どのような法的救済が認容または否認されるかについて分析することによって、専用権、共用権、余水利用権の3つの慣行水利権の類型につき、それらの効力を詳細に考察した。

水利権相互間の優劣関係を表す専用権、共用権、余水利用権の3類型は、共用権を基軸に構成されるべきである。水を平等に利用しうる共用権は、水資源の公共性を権利概念に最も忠実に反映させた類型であると考えられるからである。3類型の構造について、水の排他的利用権である専用権を中心に構成した場合には、権利のなかに水資源の公共性を埋没させることにもなる。

同一水流において競合する水利権は、相互に共用権と推定され、慣行や契約等によって特定の利水者が他の利水者に優先する専用権を有すると解される場合には、当該権利に対応する水利権は余水利用権と捉えられ、専用権が消滅すれば、余水利用権は対等に水を利用しうる共用権として復元されることになる。つまり、同一水流において水利権の競合する利水者が、自己の水利権の優越性を立証できなければ、その水利権は共用権であると解釈できるのである。したがって、共用権が慣行水利権の原型であり、そこから専用権と余水利用権の2類型が派生するといえるのである。

このような共用権の基底には水資源の公共性を論拠とする流水利用の共同享受性が看取できる。換言すれば、水資源の公共性が水利権の核心に置かれ、そこから流水利用の共同享受性が導出され、それが平等な水利利用という共用権の理念を支えているといえよう。そして、かかる共用権を慣行水利権の3類型の原型として捕捉することは、循環資源である水の公共性が水利利用の法理論に通底することを権利の側面から表現しているといえるのである。

(2) 健全な水循環系構築の概念にとって、水質の保全は不可避の要素である。たとえ適正な水量が確保されていたとしても、一定の水質が保全されていなければ、健全な水循環とはいえないからである。そこで、戦後の水質汚濁に関する判例を分析し、水資源をめぐる差止請求の法的構成を検討し、水資源の性質に適合した差止請求のあり方について考察した。

近時の水資源の差止請求をめぐる裁判例

において注目すべき点は、裁判所が水源に対する保護の必要性を認識したところにある。リーディング・ケースである仙台地決平 4・2・28 判時 1429 号 109 頁は、飲用水・生活用水の利用者の立場から、水源保全の必要性について「適切な質量の水を確保する権利」、いわゆる「浄水享受権」と権利構成して、水源を保護する。その後の裁判例により定着した「人格権としての浄水享受権」の概念は、「身体権としての浄水享受権」と「平穏生活権としての浄水享受権」に区分され、前者は生命・健康に危険のない質と量の飲用・生活用水を確保する権利であり、後者は適切な質と量の飲用・生活用水につき受忍限度を超えて奪われない権利であると解されている。

また、平成期の一連の廃棄物処理施設をめぐる裁判例では、差止請求の成否の判断基準において財貨秩序と人格秩序の交錯が散見される点を看過してはならない。すなわち、裁判例は、農業用水汚染によって水利権侵害が生じている場合にも、また、水道水汚染による人格権侵害のおそれがある場合でも、差止請求の成否の判断基準を一律に人格権侵害の有無で決定するのである。裁判例が差止請求の成否の判断基準を人格権侵害の有無に依拠させるのは、被侵害利益の要保護性を判断するための理論装置を人格権侵害の解釈に求めるからである。そう考えると、判断基準における秩序の交錯は、水利用権限の要保護性を判断するための現象として理解することができるのである。そして、ここでは被侵害利益の要保護性が人格秩序における権利侵害という形をとって外面に表れていると解するならば、人格権侵害に代えて被侵害利益の要保護性そのものを前面に出し、理論構成することの有意性も否定されるべきではないと思われる。

水資源は、人間の生存や生態系の維持にとって絶対的に必要な循環資源であるから、公共性がその核心部分に存在するといえる。不可欠性、循環性、公共性を有する水資源は、人の生命・健康や生態系を支える根源的な資源なのである。したがって、水資源をめぐる差止請求の法的構成を考察するにあたっては、不可欠性、循環性、公共性といった水資源の性質がその保護を必然的に要請する点に着目する必要がある。

水利権のような水利用権限が侵害されることによって利水目的を達成できなくなるおそれがある場合は当然のことながら、水道利用者のように水源に対する水利用権限がなくても、その水源に対する侵害行為によって深刻かつ不可逆な損害が発生するおそれがある場合には、循環性や公共性といった水資源の性質から導かれるその要保護性を根拠に侵害行為を差止めることができる。つまり、水源に対して何らの権限も有していなく

ても、侵害行為によってその水源に深刻かつ不可逆な損害を発生させる高度な蓋然性がある場合には、水資源の要保護性を論拠として差止請求を認容することができる」と解釈するのである。

(3) アメリカ合衆国における水質汚濁に対するコモン・ロー上の法的救済の理論について検討し、アメリカ水法におけるニューサンスと沿岸権侵害の関係性について考察した。アメリカでは、水質汚濁に対する法的救済に関して一定の役割を担うコモン・ローにおいて、裁判所が救済の理論について法概念を混合して言及する場合がある。すなわち、判例において沿岸権(=水利権)の侵害とニューサンスの法理が交錯する場面を指摘することができる。

沿岸権は、流水の排他的支配権ではなく、沿岸地の所有者が流水を利用できる権利であるから、用益権的性格を有している。したがって、沿岸権を侵害する行為は、土地の利用と享受を不合理に侵害するニューサンスでもある可能性がある。つまり、沿岸権の侵害は、一種の用益権の侵害であるがゆえに、土地の利用利益の侵害という点においてニューサンスと性質上、重複するのである。

沿岸権侵害とニューサンス成立の重量は、一定のケースの事実類型において生じる。たとえば、家庭用または家畜用の水供給に影響を与える水質汚濁の事案である。このような場合には、汚染行為によって沿岸地所有者の水利用が不合理に侵害されるから、沿岸権の侵害と理解できる。それと同時に、かかる水質汚濁が住居における快適性または利便性を害する場合には、住居が存在する土地の利用と享受を不合理に侵害すると解されるため、プライベート・ニューサンスが成立すると考えられる。このような事実類型においては、沿岸権侵害とニューサンスが両立しようということが、両概念の混合の主たる要因であると考えられよう。

ニューサンスの法理は、家庭用または家畜用の水の汚濁、住居や職場の周辺での悪臭の発生および土壌の豊饒性の減損のような、伝統的にニューサンスと捉えられてきた事実類型に適用されるべきである。これに対し沿岸権主義は、ニューサンスの伝統的ケース以外のすべての事案に対して適用されると解釈できるのである。

このような考え方の特徴は、伝統的なニューサンスの事案ではないケースにおいても、沿岸権主義のもとで法的救済がなされるところにある。ここでは、ニューサンスを生活妨

害と捕捉し、それによる法的救済が認められない場合であっても、沿岸権の侵害として救済される点がとくに重要である。かかる立場は、わが国の裁判例が水利権という財産権の侵害を前面に出して差止請求を認めることに消極的であるのと比べ、対照的な見解であるといえるのである。

(4) 限りある水資源をいかに再配分するかという観点から、水資源の再配分の法理論として水利権(専用権)の譲渡に関する理論を發展させてきたアメリカ西部諸州の見地について考察した。

水利権は、他の財産権と比べて特殊な性質を有している。その特殊性が水利権の譲渡の際に、顕在化することになる。それが他の水利権との優劣関係、譲渡可能な水量および水利権の喪失に関する法理論上の問題である。これらの論点は、全て水利権の効力やその範囲に係る問題であり、権利それ自体に対する内容の明確化を要請するものである。このような水利権の内容の明確化について、連邦最高裁判所は *Montana v. Wyoming* 131 S. Ct. 1765, 179 L. Ed. 2d 799 (2011) においてその判断を求められたのである。

水の再配分は他の専用権者の権利を侵害しないようになされなければならないとする権利侵害禁止のルールは、一般的に、全ての専用権者を権利侵害から保護する準則であるといわれている。しかし、後順位専用権者はその専用の時点で存在した水流の状態を維持する既得権を有し、その既得権を保護するために当ルールが確立したという経緯を考慮するならば、本来、当該ルールは後順位専用権者の権利を保護する準則であると解すべきである。つまり、先順位専用権者の権利は専用主義における優先順位の準則によって保護を受け、後順位専用権者の権利は権利侵害禁止のルールによって保護されると捉えられるのである。

専用権の譲渡によって後順位専用権者の権利が侵害されるか否かの判断は、それによって専用権者の消費的利用が増加するか否かに依拠している。つまり、権利侵害禁止のルールは、権利譲渡できる水量を専用権者によって旧慣上、実際に消費されてきた水量に限定するのである。このような見解に従えば、*Montana v. Wyoming* におけるワイオミング州の灌漑システムの改良は、旧慣上の実際の消費的利用の増加をもたらし、権利侵害禁止のルールに違反すると判断される可能性は否定できなかった。にもかかわらず、連邦最高裁判所は、当ルールは分水地点、水利用の場

所またはその目的に関する変更について適用されるべきであるとして、専用権者が灌漑面積や分水量を変更していない以上、水の消費的利用を増加させたとしても、当該準則に違反するものではないとした。つまり、権利侵害禁止のルールの適用を排除することによって、灌漑システムの改良を従来の専用権の内容に含まれると把握したのである。

本判決は、専用権を保護するために設けられたイエローストーン川の流水の共同利用に関する協定5条(A)の解釈をめぐって争われたものであるため、その射程は本協定の効力が及ぶ範囲に限られる。しかし、特定の場合に当ルールの適用を排除する理論について、本協定を越えて敷衍される可能性は閉ざされていない。とはいうものの、権利侵害禁止のルールに関する適用制限は、少なくとも灌漑のための水利用に限定されると捉えるべきであろう。なぜなら、灌漑用の水利用は、生態系の中で生育する農作物に不可欠な水を供給することがその目的であるから、他の水利用と比べて自然の影響を受けやすく、それゆえ水の消費的利用の増減を判断することも容易ではないという特異性ととともに、当該地域における公共の利益と密接に関係しているという公益性が、このような適用制限を導出したと考えられるからである。

(5) わが国における環境のための水利用の法制度について考察した。環境のための水利用、いわゆる環境用水の主たる特徴は、伝統的な用水類型における引水プロセスの目的化にあるといえる。すなわち、ある空間における水あるいは水流の存在自体が水利権の対象となっているため、従来型の用水類型における利水目的の達成に向けた引水のプロセスをも包摂した形で水利権の内容を構成しているのである。この引水プロセスの目的化は、水循環の一過程を水利権の客体に取り込むものと解されるため、水循環の確保の理念に適合する思考であると評価されてよいであろう。

環境のための水利用を論じる際には、環境の維持・改善を図ることを目的とした環境用水と、灌漑を主たる目的とした多目的用水である地域用水とを、概念上区別し、両者の関係性を認識したうえで議論する必要がある。地域用水は灌漑用水に内包されるとする見解に対して、灌漑用水とそれから独立して存在する地域用水を併せて農業用水と捉えるとともに、独立性の強い地域用水の権利主体は地方公共団体が適切であると主張する学説がある。当説は、独立性の強い地域用水には独自の水利権の取得が必要な場合があると考え、

地域用水概念と水利使用許可制度との接合を図った点において特筆に値する。

ただ、かかる見解に依ったとしても、独立性が強く水利権設定が必要とされる地域用水の中身は、環境用水、消流雪用水、消火栓用水等であり、現行の水利使用許可制度の枠内で対応できるものであるから、当学説の射程が地域用水概念の要否の問題にまで及ぶとは言い難いであろう。

(6) 最後に、これまでの研究を整理し、それを基盤として、健全な水循環系構築のために求められる水資源の保全と利用に関する基礎理論について考究した。

水資源のもつ公的側面は、法律上、河川の流水につき私権を排除した河川法2条2項によって表出されている。その具体的内容は、河川の流水を旧民法財産編25条の定める「公共物」と解し、何人の所有にも属せず、すべての人が使用することができることと捉えることによって説述される。このような考え方は、健全な水循環系の構築にとって適格的であり、生態系の保全にも通底する思考であるといえよう。

一方、私権の対象となる土地との関係が水資源の私的側面を表している。水循環は土地の存在を前提として成り立っているうえ、水の受け皿としての土地との関係性を軽視して水資源の保全と利用のあり方を考察するわけにはいかない。水利利用は常に土地の利用のうえに成立しており、この関係を議論の根底に据えることが肝要であると考えられるのである。

土地と水資源の相互関係のなかで最も密接に関連するものは、土地と地下水の関係である。地下水は水循環の過程のなかで、地中の水脈として水循環の健全性を支える主役的な役割を果たしている。このような地下水は土地の流動的構成部分であると解され、その利用については継続的に採取されたとしても地下水障害が生起されることなく、健全な水循環が確保されることを第一義とされねばならない。したがって、健全な水循環を損なうような地下水の利用をしてはならないという規範が導き出されるのである。

そして、かかる規範は、地下水利用権限の基盤である土地所有権に内在する制約として捕捉されるとともに、地下水の公共性を反映していると理解することができる。地下水利用と土地所有権との関係をこのように解する立場は、土地と水は統合的に管理されるべきであるとする統合的土地・水資源管理の基礎理論としても妥当なものであると考えられるのである。

流水採取の可否を判断するための水の性質決定論である公水私水区分論は、ある地点での水の性質を問題とするため、水循環を念頭に置いた理論とは言い難い。水資源の保全と利用のあり方を考察するにあたり重要なことは、水循環を前提とした法理論の追究であり、それは水資源の公共性をその核心に据えることによって構築できるといえるのである。

一般公衆の自由な使用が認められる河川の流水がもつ水資源の公共性と、水を排他的に利用できるという水利権限の私権性の関係について、中核部分に公共性が存する水資源がその利用権限に基づく私的支配の領域に到達したときには、その公共性に水利権限の私権性が覆い被さると解釈することによって水資源を利用することができると考えられる。すなわち、流水がその利用権限に基づく私的支配の領域に達することで、利用権限の私権性が流水の公共性を包み込み、その排他的利用が可能となると解されるのである。

このように考えると、水資源の公共性に対する水利権限の私権性の被覆が水の排他的利用をもたらし、その剥離によって水資源の公共性が露頭されるサイクルを、水資源の性質の観点からみた水循環の法的表現であると説示することができる。このような水資源の「公」と「私」の接合理論は、水循環のなかにおける水資源の性質とその利用権限の私権性の関係を解明したものであり、水循環を前提とした水資源の保全と利用に関する法制度を支える基礎理論として位置づけられるとともに、健全な水循環系の構築と合理的水利利用の調和を図る施策の基盤に必要な法理論であると考えられるのである。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計 8 件)

- ① 宮崎淳、アメリカ水法における専用権の譲渡に関する法理—権利侵害禁止のルール適用をめぐる—、創価法学、査読無、41 巻 3 号、2012、pp.69-90、
- ② 宮崎淳、公共事業の廃止・変更と損失補償、環境技術、査読無、40 巻 10 号、2011、pp.12-16、<http://www.jstage.jst.go.jp/browse/jriet/-char/ja/>
- ③ 宮崎淳、水資源の保全と利用に関する基礎理論—健全な水循環系の構築のために—、創価法学、査読無、40 巻 3 号、2011、

- pp.75-101、
<http://hdl.handle.net/10911/3208>
- ④ 宮崎淳、アメリカ水法におけるニューサ
ンスと沿岸権侵害の関係性—水質汚濁に
対するコモン・ロー上の法的救済の理論
をめぐって—、創価法学、査読無、40巻
2号、2010、pp.135-155、
<http://hdl.handle.net/10911/1821>
- ⑤ 宮崎淳、環境用水と水利使用許可制度、
環境技術、査読無、39巻12号、2010、
pp.21-26、
[http://www.jstage.jst.go.jp/browse/jriet/
-char/ja/](http://www.jstage.jst.go.jp/browse/jriet/
-char/ja/)
- ⑥ 宮崎淳、慣行水利権の種類とその効力—
水量侵害に対する法的救済の判例分析を
中心として—、水資源・環境研究、査読
有、22巻、2010、pp.1-12、
[http://www.jstage.jst.go.jp/browse/jwei/
-char/ja/](http://www.jstage.jst.go.jp/browse/jwei/
-char/ja/)
- ⑦ 宮崎淳、水資源の保護と差止請求（2・
完）—水質汚濁に関する差止請求の判例
分析を中心として—、査読無、39巻3号、
2010、pp.53-72、
<http://hdl.handle.net/10911/1807>
- ⑧ 宮崎淳、水資源の保護と差止請求（1）
—水質汚濁に関する差止請求の判例分析
を中心として—、査読無、39巻2号、2009
、pp.129-149、
<http://hdl.handle.net/10911/1805>

[学会発表] (計 1件)

- ① 宮崎淳、農業水利権の法的性質—水資源
の管理と配分に関する基礎理論の考察—、
水資源環境学会、2009年6月13日、法
政大学市ヶ谷キャンパス

[図書] (計 1件)

- ① 宮崎淳、成文堂、水資源の保全と利用の
法理—水法の基礎理論—、2011、390

[その他]

ホームページ等

<http://www.soka.ac.jp/>

<https://fpes.soka.ac.jp/>

6. 研究組織

(1) 研究代表者

宮崎 淳 (MIYAZAKI ATSUSHI)

創価大学・法学部・教授

研究者番号：30267489

(2) 研究分担者

()

研究者番号：

(3) 連携研究者
()

研究者番号：